

## A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público (\*)

FERNANDO GRELLA VIEIRA  
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: I — Interesses difusos, coletivos e individuais. II — Indisponibilidade dos interesses difusos e coletivos. III — A Transação: 1. Concepção e possibilidade jurídica. 2. Legitimidade do Órgão Público e intervenção do Ministério Público. 3. Conteúdo e limites da estipulação. 4. Cominações. 5. Homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público. 6. Efeitos, vícios e insuficiência. IV — Conclusões.

### I — Interesses difusos, coletivos e individuais

Tradicionalmente o sistema jurídico esteve voltado para a disciplina dos bens e interesses individualmente considerados, a tal ponto que os meios processuais previstos para a defesa desses bens se achavam, de regra, restritos aos titulares do direito tido por transgredido, permitindo-se, apenas extraordinariamente, que terceiro pudesse fazer atuar a tutela jurisdicional em favor do titular ou titulares do direito atingido (art. 6.º do CPC). Daí a já conhecida distinção entre legitimação ordinária e extraordinária.

Entretanto, a evolução social indicou a necessidade de se identificar a titularidade de certos bens em favor de categorias de pessoas ou mesmo da própria coletividade como um todo e não singelamente do indivíduo que as integra, surgindo daí, em decorrência, a concepção doutrinária dos direitos coletivos ou difusos<sup>(1)</sup>.

Cuidou a doutrina de fixar a diferenciação entre uns e outros.

(\*) Tese apresentada no "Congresso Nacional do Ministério Público", realizado em Salvador — BA, de 1.º a 4 de setembro de 1992.

(1) Caio Tácito, "Do Direito Individual ao Direito Difuso", RDA, vol. 175, págs. 10/11.

Consoante os ensinamentos do Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos coletivos propriamente ditos implicariam existência de prévia organização formal da categoria; possibilidade de determinação das pessoas ou grupos individualmente afetados; e existência de "vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes"<sup>(2)</sup>. Traduziriam esses direitos os sindicatos, associações, partidos políticos, entre outros, enquanto voltados à defesa dos assuntos relacionados com os seus integrantes que, dada a sua natureza, reclamam tutela concentrada, como também os interesses dos consorciados quanto à regularidade do sistema, exemplo este que nos é dado pelo ilustre e culto Nigro Mazzilli<sup>(3)</sup>.

Já os interesses difusos, no dizer do citado Rodolfo de Camargo Mancuso, não permitiriam a determinação dos sujeitos individualmente afetados e, conseqüentemente, a determinação do objeto quanto aos beneficiários individualmente considerados, dada a impossibilidade de "partição e atribuição a pessoas ou grupos", justamente porque não "têm a balizá-los uma norma que lhes confere permanência e estabilidade", pois "estão referenciados a situações de fato"<sup>(4)</sup>, como ocorre, por exemplo, com o dano ecológico.

Essa estrutura foi adotada no plano do direito positivo, consoante se vê do disposto no artigo 81, incisos I e II, do Cód. de Defesa do Consumidor, que rege da mesma forma o sistema de tutela dos demais interesses difusos, coletivos e individuais de que trata a Lei n.º 7.347/85, nos termos do seu artigo 21, com a redação dada pelo artigo 117 do aludido Código.

Previu-se, ao lado daquelas duas categorias de direitos, uma terceira, denominada de "interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum" (art. 81, III, do Cód. de Defesa do Consumidor).

Esta última revela, em essência, direito de exercer coletivamente a defesa de interesses individuais, isto porque o liame entre as pessoas ou grupos afetados individualmente desponta imediatamente do próprio fato lesivo, ausente relação jurídica anterior que os vincule previamente.

O que se tem nesta última hipótese, portanto, é a tutela de interesses individuais promovida pelos entes legitimados, de tal modo que, resultando positiva, beneficia a todos quantos se achem na mesma situação. A própria lei cuida de ampliar a eficácia do título judicial, restrito a uma ou mais pessoas inicialmente ("vítimas"), às demais que se encontrem em idêntica situação (arts. 94, 95 e 103, III, do Cód. de Defesa do Consumidor).

É interessante notar que o mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a propaganda enganosa. Em si considerada, proporciona dano a toda coletividade, comportando sanção sob esse enfoque (interesse difuso), sem prejuízo, todavia, da reparação individual de tantos quantos tenham adquirido o produto divulgado ilicitamente (interesse individual). Da mesma forma, a contaminação com produto químico nocivo de um curso de água. Ao lado do dano ecológico identificado, poderão coexistir ofensas individuais em relação aos proprietários de imóveis que tenham suportado a perda de criação, por exemplo, ou se privado do uso da água comum, enquanto contaminada, compelidos à busca de soluções alternativas.

(2) "Interesses Difusos: Conceito e Colocação no Quadro Geral dos 'interesses'", Rev. de processo, vol. 55, pág. 170.

(3) "Interesses Difusos e Coletivos", Revista dos Tribunais n.º 688, pág. 48.

(4) Ob. cit., págs. 174/175.

Justamente em atenção à coexistência de interesses distintos quanto à titularidade, afetados pela mesma situação danosa, é que se ditou a regra do artigo 99 do mencionado Código, dando-se preferência, na liquidação dos créditos, aos de natureza individual.

Não obstante, pode haver situação típica e restrita de ofensa a direitos individuais passíveis de serem tutelados coletivamente, sem que se denote lesão a interesses difusos. Valemo-nos do exemplo dado pelo insigne e culto Hugo Nigro Mazzilli, quando se refere a uma série de produtos fabricados com o mesmo defeito<sup>(5)</sup>. Todos os adquirentes desses produtos defeituosos terão individualmente direito à reparação. Como esta decorre do mesmo fato, viável será a tutela coletiva que beneficie a todos eles.

Essas regras se aplicam, da mesma forma, à defesa de direitos individuais ou coletivos de qualquer natureza por força, como visto, do artigo 21 da Lei n.º 7.347/85.

## II — Indisponibilidade dos interesses difusos e coletivos

Nesta ordem a Constituição Federal de 1988, depois de pontificar a inafastabilidade da jurisdição em face de lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV), deu legitimidade às associações para defesa judicial ou extrajudicial dos interesses de seus filiados (art. 5.º, XXI); instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX); e manteve a ação popular que é, historicamente, marcante exemplo de defesa de interesse difuso, de âmbito, contudo, restrito. Ao lado disso, atribuiu ao Ministério Público a função institucional de exercer “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, assegurando-lhe os instrumentos do inquérito civil e ação civil pública (art. 129, III), esta, porém, de forma não exclusiva (art. 129, § 1.º).

Já os detinha o Ministério Público e outras entidades, como se sabe, desde o advento da Lei n.º 7.347/85, que limitava o âmbito da tutela, entretanto, à esfera do meio ambiente, consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A concepção dessas categorias de interesses e direitos e o tratamento dado ao tema pelo sistema jurídico vigente (art. 6.º do CPC) conduzem, como se sabe, a novas reflexões sobre a natureza da legitimidade de agir<sup>(6)</sup>.

De fato, os interesses difusos, enquanto tais, somente podem ser defendidos pelo Ministério Público ou pelas demais entidades contempladas na lei. São interesses da sociedade ou de parcela dela que não permitem a partilha do objeto em relação a cada pessoa individualmente considerada. Sendo assim, embora a titularidade seja da coletividade ou de parcela dela, a legitimidade é reservada ao referido Órgão Ministerial e às demais pessoas mencionadas na lei. Sendo os únicos, não há lugar para se dizer extraordinária a legitimação.

O descompasso entre a legitimidade e a titularidade dos interesses, no caso, realça a sua natureza indisponível, detectável, de resto, da supremacia que lhe confere o sistema jurídico dado o seu significado social.

(5) “Interesses...”, loc. cit.

(6) Kazuo Watanabe, apud Rodolfo de Camargo Mancuso, in “Interesses Difusos: Conceito e Colocação no Quadro Geral dos ‘Interesses’”, cit., pág. 169.

Enfoque diverso reclamam os direitos coletivos propriamente ditos. Pela circunstância de serem passíveis de determinação quanto às pessoas individualmente atingidas, integrantes da categoria, a legitimação dada ao Ministério Público ou às entidades que as congregam não se desveste da natureza extraordinária, mesmo tendo a Constituição, como visto, a disciplinado. É que, de regra, não estará afastada a possibilidade da tutela individual pelo mesmo fato.

Em decorrência, a indisponibilidade, em casos que tais, se impõe também e justificadamente em função da via processual que, por ser coletiva, acionada por terceiro em defesa de interesses alheios, torna-se incompatível com o poder de disposição.

Assim, não obstante a natureza do direito coletivo possa comportar, eventualmente, a disponibilidade do ponto de vista da pessoa individualmente afetada, não desfrutará da mesma característica em sede da tutela coletiva. Basta que se atente ao exemplo referido da série de produtos confeccionados com defeito. Embora alguns dos adquirentes possam desinteressar-se pela reparação, exercitada a defesa de modo coletivo pela entidade legitimada ou mesmo pelo Ministério Público, restará gravado o objeto da demanda pela indisponibilidade.

É bem verdade que, via de regra, os interesses coletivos refletem interesse público e a indisponibilidade decorre necessariamente da sua própria natureza.

O mesmo por certo acontece em se tratando de interesses difusos. Em razão do seu próprio significado, ele traz ínsito o interesse social quanto à obrigatoriedade de sua efetiva defesa, sem a possibilidade, de outro lado, da dispensa de qualquer exigência legal. De modo que a não coincidência entre os beneficiários dos interesses difusos e os legitimados para o exercício do direito de ação em sua defesa é algo natural, ordinário, que decorre da natureza desses direitos metaindividuais, não assumindo relevância no reconhecimento da indisponibilidade que os qualifica.

Os direitos coletivos propriamente ditos, ao contrário, embora possam versar sobre matéria que, por sua disciplina jurídica, são de natureza indisponível, não deixam de refletir, necessariamente, legitimação extraordinária do Ministério Público ou das demais entidades autorizadas a intentar a ação coletiva, justamente porque, como visto, sempre será possível a determinação da ofensa em relação a cada pessoa integrante da categoria, como será juridicamente viável a defesa meramente individual pelo interessado.

Portanto, a indisponibilidade é característica sempre presente nos interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, bem como na defesa coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos.

## III — A transação

### 1. Concepção e possibilidade jurídica

Desse modo, por serem de natureza indisponível os interesses difusos e coletivos — assim como o são os individuais quando objeto de defesa coletiva —, seria de se reconhecer, em princípio, a impossibilidade jurídica da transação nessa esfera de interesses, seja ela judicial ou extrajudicial.

A experiência demonstrou, todavia, que a disposição do responsável pelo dano de se adequar às exigências da lei ou de satisfazer integralmente o dano acabava por atender, finalisticamente, aquilo que seria de se buscar ou já se estaria postulando



na via judicial. Seria render homenagem, desse modo, à forma em detrimento do próprio interesse tutelado.

Já se aceitava, desse modo, mesmo ausente previsão legal específica, a possibilidade de transação, especialmente estando em andamento a ação civil pública.

Em boa hora, entretanto, a Lei n.º 7.347/85 passou a reger o assunto. Uma das alterações que lhe foram dadas pela Lei n.º 8.078, de 11.9.90 (Cód. de Defesa do Consumidor), consistiu na introdução do § 6.º ao artigo 5.º (art. 113), que dispõe:

“§ 6.º — Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Esse preceito é de grande relevância para a tutela dos interesses difusos ou coletivos.

A transação é instituto que está regulado no Código Civil, cujo significado se extrai do disposto no seu artigo 1.025, a saber: “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

No dizer de Washington de Barros Monteiro, a “transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Torna-se assim essencial à transação: a) reciprocidade do ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes”<sup>(7)</sup>.

O artigo 1.035 do referido Código, por sua vez, é expresso ao afastar os direitos indisponíveis como objeto da transação: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

No mesmo sentido dispôs o Código de Processo Civil ao tratar da conciliação (art. 447), cuidando ainda de excepcionar o principal efeito da revelia (art. 320, II, c/c art. 330, II), o ônus da prova (art. 333, parágrafo único) e a possibilidade de confissão (art. 351), quando a lide versar sobre direitos indisponíveis.

E em nada alterou esse quadro o disposto no artigo 55 das Disposições Finais da Lei n.º 7.244, de 7.11.84 (Pequenas Causas), a saber: “O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no Juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial”. Essa norma tornou possível a atividade jurisdicional para o fim específico de homologar a transação, seja no próprio Juizado de Pequenas Causas, seja no Juízo Comum, dotando o acordo de título judicial, especialmente porque certas espécies de obrigações, como se sabe, exigem, pelo sistema do CPC, título judicial para sua execução forçada.

Não importou, dessa forma, derrogação do artigo 447 do Cód. de Processo Civil. Os direitos indisponíveis, à evidência, continuaram não comportando a transação, salvo hipóteses excepcionais previstas na lei (uma das quais contida no parágrafo único do próprio art. 447 do CPC). A expressão acordo de “qualquer natureza ou valor” havia de ser entendida frente ao disposto no art. 3.º da mesma Lei n.º 7.244/84, que fixou a competência do Juizado Especial em função da natureza da obrigação e do seu valor, de modo que também o Juízo Comum — independentemente de processo em curso —, passasse agora a exercer a jurisdição diante de postulação exclusivamente homologatória.

(7) “Curso de Direito Civil”, 4.º vol., 1.ª parte, “Direito das Obrigações”, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1975, pág. 308.

Dai a necessidade, como se vê, de que houvesse tratamento legal específico à transação em tema de interesses difusos e coletivos que, por serem de natureza indisponível, pelo sistema até então existente, não dispunha de plena eficácia jurídica quando realizada na fase pré-judicial e se exporia à polêmica, eventualmente, mesmo se formalizada judicialmente, nos autos da ação civil em andamento.

O disposto no artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, acima transcrito, encerra transação, uma vez que se destina a evitar o litígio. Mas, como não podia deixar de ser, apresenta peculiaridades próprias, que bem a distinguem da figura comum aplicável às obrigações meramente patrimoniais, de natureza privada.

E embora a norma, em sua literalidade, refira-se ao ajuste extrajudicial, autoriza, obviamente, a sua realização em Juízo que, de resto, será inafastável se estiver em curso a ação civil pública. O compromisso se justifica, por certo, se ainda não intentada a ação. Tendo sido proposta, a transação será da mesma forma viável, mas haverá de ser feita no processo e passará a contar com título judicial (sentença homologatória). Como ensina Hugo Nigro Mazzilli, “se podem ser feitos esses compromissos extrajudiciais, com maior razão podem ser realizados em Juízo”<sup>(8)</sup>.

A exigência comum a qualquer das formas é a de que a transação compreenda todas as obrigações cabíveis e necessárias para a composição da ofensa.

## 2. Legitimidade do “Órgão Público” e intervenção do Ministério Público

O primeiro requisito para sua validade consiste na necessidade de que o compromisso seja firmado perante um dos entes que possua legitimidade para a propositura da ação civil pública (art. 5.º e incisos I e II da Lei n.º 7.347/85).

Essa legitimidade há de estar presente no caso concreto e não simplesmente em tese. Destarte, o sindicato terá legitimidade se a questão lhe for pertinente. Da mesma forma as associações e outras entidades.

No que concerne ao Ministério Público cabe lembrar a sempre lúcida e oportuna lição do insigne Hugo Nigro Mazzilli quando diz: “Contudo, mais especificamente quanto ao âmbito de atuação ministerial na defesa dos chamados interesses individuais homogêneos, cremos deva firmar-se interpretação de caráter finalístico. O artigo 129, III, da Constituição, comete ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos. Quanto aos difusos, não há distinguir; por coletivos, entretanto, aí estão os interesses da coletividade como um todo. A defesa de interesses de meros grupos determinados de pessoas (como consumidores individualmente lesados) só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, como nos exemplos acima invocados: se é extraordinária a dispersão de lesados; se a questão envolve defesa da saúde ou da segurança dos consumidores; se a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico. Não se tratando de hipótese semelhante, a defesa de interesses de consumidores individuais deve ser feita por meio de legitimação ordinária, ou, se por substituição processual, por outros órgãos e entidades que não o Ministério Público, sob pena de ferir-se a destinação institucional deste último”<sup>(9)</sup> (grifo nosso).

(8) “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, 3.ª ed., Ed. RT, S. Paulo, pág. 158.

(9) Ob. cit., pág. 71.

Outrossim, o dispositivo não faz referência à necessidade da participação do Ministério Público quando a iniciativa seja tomada por outra entidade legitimada. Ela se nos afigura indispensável, entretanto, para eficácia do compromisso.

De fato, a função institucional do Ministério Público, nos termos da Constituição Federal, ficou direcionada à "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*) e em termos específicos, como aludido inicialmente, foi-lhe conferida a competência constitucional de exercer a proteção do "patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", através do inquérito civil e da ação civil pública.

Muito embora também outros entes morais desfrutem da legitimidade para o exercício da mencionada ação, certo é que, primordialmente, não lhes cabe — além da mera postulação no caso concreto — a tarefa de zelar, em nome do Estado, pelo efetivo respeito aos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Esse mister já cabia ao Ministério Público, não com a amplitude dada pela atual Constituição Federal, de tal modo que independentemente da qualidade da parte ou mesmo da natureza da causa, se dela emergisse interesse público, necessária era a sua intervenção (art. 82, III, do CPC). Mesmo em atos e procedimentos extrajudiciais, como o inquérito judicial em matéria falimentar ou a regularização de loteamentos, entre muitas outras hipóteses legais, pelo interesse público presente, sempre justificaram a participação do Ministério Público, em defesa dos interesses da sociedade.

Na espécie, o § 1.º do artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85 estabelece que: "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei".

Ora, o compromisso a que se reconhece eficácia de título executivo extrajudicial representa, de pronto, a supressão da fase de conhecimento da ação civil pública que seria proposta, na qual os fatos seriam objeto de demonstração e apreciação, para segura aferição do dano e sua extensão, ou mesmo da conduta ou providência necessária por parte do responsável ou a ser objeto de vedação, e contaria com a participação do Ministério Público. Do que decorre que, mesmo a transação judicial, se não proposta por ele a ação, teria a sua efetiva participação.

Como seria possível então, em se tratando de direitos indisponíveis, de cunho social, delimitar-se no compromisso extrajudicial — que desfrutará eficácia jurídica —, a obrigação a ser cumprida pelo responsável, sem que tenha o Ministério Público atuado como fiscal da lei?

Parece claro, assim, que o preceito do artigo 5.º, § 6.º, da citada lei, não dispensou a intervenção do Ministério Público, pois o sentido do diploma legal e a própria natureza indisponível do direito, revelam nitidamente alcance diverso, sendo possível compreender que a norma acabou dizendo menos do que pretendeu e há de ser conjugada com o disposto no § 1.º do mesmo artigo 5.º.

Se é indispensável a participação do Ministério Público como fiscal da lei nas ações propostas pelos demais legitimados, a mesma razão há de prevalecer para tornar obrigatória sua intervenção na celebração do compromisso extrajudicial, eis que se trata, da mesma forma, de exercer a competência constitucional que lhe foi reservada quanto à defesa dos interesses sociais indisponíveis, em ato do qual resultará a definição das obrigações (liquidez e certeza) e, conseqüentemente, título executivo.

Poder-se-ia argumentar que o compromisso tomado por uma das pessoas

legitimadas a intentar a ação não vincula as demais e assim o Ministério Público, se alheio ao ato, continuaria legitimado a intentar a ação.

Tal solução, com todo respeito, importaria em negar a finalidade do instituto consagrado e a sua própria natureza jurídica.

De fato, se a norma autoriza os entes legitimados a colher o compromisso do responsável para a integral satisfação de todas as exigências legais necessárias à reparação do dano ou à sua cessação, cria uma condicionante ao exercício da ação, tanto mais porque do ato decorrerá relevante efeito para a tutela que é justamente o surgimento do título executivo.

Não se trata, dessa forma, de mera faculdade ditada aos legitimados ativos. Mais do que isso, a possibilidade que literalmente consta do preceito tem sentido de legitimar a providência prevista e não de conferir discricionariedade entre ela e a via judicial.

Assim, se autor do dano ou da conduta ofensiva que se pretende ver obstada manifesta formal propósito de atender às obrigações legais, este seu gesto, em tese considerado, representa um interesse legítimo de evitar a ação judicial que, como se sabe, acarretará ônus maiores.

É evidente que não há obrigatoriedade do ente legitimado provocar primeiramente a transação para só depois, frustrada a medida, ajuizar a ação. Mas se a possibilidade de reparação completa for manifestada pelo próprio autor do dano, não poderá ser desprezada, salvo, por certo, se em termos concretos as condições de cumprimento das exigências não se apresentarem eficazes à recomposição da ofensa.

Outrossim, cumpre observar que a legitimidade concorrente subsiste como tal enquanto não intentada a ação civil pública. Uma vez ajuizada, os demais legitimados poderão ingressar no feito como litisconsortes ou assistentes e o Ministério Público terá participação obrigatória, como *custos legis*, não sendo ele autor.

Da mesma forma, conferindo a lei eficácia executiva ao compromisso, faltaria aos demais legitimados interesse de agir quanto à propositura da ação civil pública, justamente pela desnecessidade de se percorrer a fase de conhecimento se já se tem título hábil a amparar a execução.

De outro lado, se o autor da ofensa se submete a ato de tais efeitos, sujeito ainda a cominações em caso de descumprimento da avença, há de militar-lhe um mínimo de segurança jurídica. E essa segurança consiste exatamente em não se poder desprezar a existência do compromisso.

Tais aspectos revelam que a solução extrajudicial da ofensa, contemplada na lei, tem íntima relação com o interesse de agir (necessidade). Deve ser cercada de todas as garantias e formalidades para que aconteça validamente, prestando-se à finalidade a que se destina que é de prevenir o litígio e possibilitar celeridade na reparação da ofensa, com a garantia de forjar título hábil a embasar execução em caso de descumprimento das obrigações pelo autor do dano.

Daí a imprescindibilidade da intervenção do Ministério Público que zelar para que a transação aconteça legitimamente, eis que se trata, acima de tudo, do exercício de competência constitucional que lhe foi outorgada (art. 127, *caput*), não adstrita, como se sabe, apenas à fase judicial em se tratando da tutela de interesses difusos e coletivos.

Dessa forma, é razoável concluir-se que a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública, em tendo havido compromisso, será sempre excepcional, pressupondo a irregularidade da transação, como se exporá ao final.



Em decorrência, a ausência do Ministério Público na celebração do compromisso representa supressão do exercício de função institucional que lhe é cometida pela Constituição Federal (art. 127). Assim como a sua não intervenção na relação processual acarreta nulidade do processo, consoante o disposto no artigo 84 do CPC, o mesmo vício pode comprometer a validade do compromisso havido sem a sua participação. É de se notar, a propósito, que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente ao regime da Lei n.º 7.347/85 (art. 19) e esta, como visto, diz ser obrigatória a participação do Ministério Público como fiscal da lei, não sendo ele autor.

Não resta dúvida que não se tem processo. Mas nascerá título executivo e será real a possibilidade de se fazer presente a atividade jurisdicional para a sua execução, em caso de inadimplemento. Assim, o Ministério Público tanto terá a obrigação de promovê-la se não o fizer o órgão tomador do compromisso (art. 15 da Lei n.º 7.347/85, aplicável por analogia), como deverá intervir no feito, como *custos legis*, se a iniciativa for daquele (art. 5.º, § 1.º da citada lei), nada justificando, desse modo, que fique alheio à providência de efeitos tão relevantes.

### 3. Conteúdo e limites da estipulação

O segundo aspecto de validade da transação, a teor do mencionado artigo 5.º, § 6.º, diz respeito ao âmbito de disponibilidade. O dispositivo fala em "compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações".

Compreende-se assim que a ofensa proporcionada há de merecer integral reparação. A mesma pretensão que seria objeto do pedido na ação civil pública não pode, em nada, ser restringida. O responsável há de se sujeitar, desse modo, ao ressarcimento completo do dano, ou à realização da atividade necessária para fazer cessar a lesão ou à abstenção, também necessária, para pôr fim à afetação do interesse coletivo ou difuso.

Resguarda-se, desse modo, a indisponibilidade do interesse tutelado.

A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes.

A transação, portanto, simplesmente substitui a fase de conhecimento do processo judicial, pois deve refletir o mesmo conteúdo esperado na prestação jurisdicional, caso houvesse a ação e fosse ela procedente, desfrutando, da mesma forma, de eficácia executiva.

Dá ser possível identificar que a fixação da obrigação no compromisso envolve atividade vinculada, reservando-se certo grau de discricionariedade apenas quanto aos critérios de adimplemento a serem observados pelo causador do dano.

Realmente, trata-se, primeiramente, de atender-se ao princípio da formalidade que informa a administração pública em geral. Não há ato ou atividade administrativa informal. A fixação das obrigações a serem cumpridas pelo responsável reclama, como premissa, a prévia e formal apuração da situação; mediante a colheita de elementos de prova idôneos, sejam de natureza técnica (perícia), documental ou mesmo oral, para se estabelecer a natureza do dano e sua extensão. E isto reclama, à evidência, existência de procedimento regular que, no caso do Ministério Público, será o inquérito civil.

Somente diante do esclarecimento completo do fato será possível formar-se juízo de convicção acerca da obrigação a ser atendida pelo causador do dano e que seria a mesma objeto do pedido na ação civil, caso não houvesse o compromisso.

Por esse motivo é que se vislumbra nessa tarefa o exercício de atividade vinculada: contrastar o fato apurado às normas legais, extraindo-se, motivadamente, as exigências legais a serem atendidas, ou seja, as obrigações que tocam ao agente causador da ofensa.

A mesma rigidez não prevalece, como antes assinalado, na estipulação da forma de cumprimento da obrigação.

Todavia, a discricionariedade aí possível, exige cautela. Como é próprio do controle dos atos discricionários, não se pode dizer quais as hipóteses legítimas na esfera de liberdade do agente para determinada situação; mas é jurídico e viável dizer-se quando determinada opção adotada não condiz com a liberdade permitida pelas normas legais, assumindo natureza arbitrária, expondo-se à invalidação.

É impossível estabelecer, por essa razão, regras para essa parte do compromisso. As situações são as mais diversas e mesmo as semelhantes certamente terão peculiaridades próprias. De forma que apenas o caso concreto, atendidas sua natureza, gravidade e complexidade da obrigação, dará parâmetros seguros para esse mister, sem que haja, portanto, condições de fixar-se um procedimento padrão a ser observado.

Pode-se afirmar apenas que o limite para essa atividade será a razoabilidade. Trata-se de compatibilizar a eficácia da reparação com a possibilidade material de sua realização. As condições de cumprimento da obrigação pelo causador do dano não de evidenciar, por isso, a suficiência e utilidade na reparação do dano, de forma que não guardem função meramente formal e assim acarretem o agravamento da situação, autorizando, em tal hipótese, a conclusão de que foram ditadas no interesse precípua do ofensor, quando deveriam atender ao interesse público que qualifica o direito ofendido.

Não se pode olvidar, de outro lado, da advertência de Hugo Nigro Mazzilli no sentido de que para validade do compromisso como título executivo ele deve "revestir a característica de liquidez, ou seja, obrigação certa quanto a sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto (CC, art. 1.533)"<sup>(10)</sup>.

### 4. Cominações

O terceiro aspecto relaciona-se com a possibilidade de estipulação de cominações e a eficácia do compromisso de título executivo extrajudicial.

O preceito, nessa parte, é significativamente inovador.

Consoante o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 7.347/85, o objeto da ação civil pública pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Pela sistemática do Cód. de Processo Civil o título executivo extrajudicial é hábil para a execução de obrigação consistente em pagar quantia certa (condenação em dinheiro), como deflui do artigo 585, II, razão pela qual o compromisso que

(10) Ob. cit., pág. 158.

encerre esse tipo de obrigação, já desfrutava dessa natureza, distinguindo-se apenas pela desnecessidade da presença de duas testemunhas.

No entanto, as obrigações de fazer e de não fazer, ao contrário, consoante o disposto nos artigos 632 e 642 do referido Código, reclamam, para a sua execução, título judicial.

Ensina Vicente Greco Filho que: "Como já se comentou na parte geral da execução das obrigações de fazer e não fazer, para o cumprimento do preceito é preciso, primeiro, processo de conhecimento que produza título judicial para, com fundamento nele, promover-se a execução. A redação do artigo 642 parece dar a entender que, praticado o ato indevido, o credor, imediatamente, pode requerer ao Juiz, por força da lei ou do contrato, que marque o prazo para desfazê-lo. Não é isto que ocorre, porém. A obrigação de fazer e não fazer, a despeito do constante da lei ou do contrato, deve ser consagrada em processo de conhecimento para que possa ser executada"<sup>(1)</sup>.

Muito embora o compromisso venha a abranger obrigação de fazer ou não fazer, por força, agora, do disposto no artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, terá eficácia para ensejar a execução forçada em caso de descumprimento pelo autor do dano, não obstante a natureza de título executivo extrajudicial. É que cuidando-se de Lei Federal e sendo ela de natureza especial, excepciona a regra do CPC, conferindo validade ao compromisso para o ajuizamento da execução.

Outrossim, as "cominações" são sanções civis previstas para a hipótese de descumprimento. É próprio das obrigações de fazer a estipulação da chamada pena pecuniária diária, tanto que o artigo 287 do CPC determina que da petição inicial que tenha por objeto a condenação (processo de conhecimento) do devedor ao cumprimento de obrigação dessa natureza, deverá conter "a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)". E o artigo 644 do mesmo Estatuto estabelece que: "Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo Juiz".

Ora, na espécie, substituída que foi a fase de conhecimento pela transação, a fixação do prazo há de constar do compromisso (título executivo), assim como, evidentemente, a pena pecuniária diária a que estará sujeito o devedor autor do dano em caso de não cumprimento da obrigação no prazo estabelecido.

Igualmente as obrigações consistentes em pagar quantia em dinheiro podem comportar a estipulação de sanção, como acontece nas avenças privadas que contemplam a chamada "cláusula penal" (multa), além de outros encargos justificáveis em face do inadimplemento.

## 5. Homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público

A transação quando conduzida pelo Ministério Público reclama a existência de inquérito civil, pelas razões antes apontadas, de tal forma que o fato esteja suficientemente esclarecido e assim permita a definição da obrigação a ser cumprida pelo responsável.

(1) "Direito Processual Civil", 3.º vol., Ed. Saraiva, S. Paulo, 1985, pág. 67.

Dai decorre a seguinte indagação: tomado o compromisso, esta hipótese equipara-se ao arquivamento de tal modo que seria necessário submeter-se o inquérito à homologação do Conselho Superior do Ministério Público, para eficácia da transação, como previsto no artigo 9.º, § 1.º, da Lei n.º 7.347/85?

Pensamos que não.

O arquivamento, como é da sua essência e está claramente definido no mencionado artigo 9.º, **caput**, pressupõe a "inexistência de fundamento para a propositura da ação civil", seja porque não se tem elementos suficientes de prova do fato investigado, seja porque o fato, devidamente esclarecido, não traduz ofensa a interesses difusos ou coletivos e nem mesmo comportaria a defesa coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos, pelo Ministério Público.

Em tal hipótese, frustrado o exercício da tutela jurisdicional e tendo em vista a relevância da matéria, mesmo porque se trata de função institucional definida constitucionalmente ao Ministério Público, indispensável que houvesse mecanismo de controle do ato de promoção de arquivamento, a exemplo do que se dá com o inquérito policial.

Diversamente, em se tratando de compromisso firmado com o causador da ofensa, o inquérito ensejou a defesa do interesse, da mesma forma que embasaria a ação civil pública. Através dos elementos nele contidos é que se tornou possível a transação, cujo objeto, como visto, seria o mesmo do pedido dedutível na ação civil pública que se proporia não fosse o compromisso.

De forma que, se para o ajuizamento da ação civil pública — que toma por base o inquérito — não se justifica qualquer controle da atividade exercida pelo Membro do Ministério Público oficiante, o mesmo raciocínio deve vingar para a hipótese da transação que, em essência, suprime a fase de conhecimento do processo judicial, fazendo surgir, desde logo, o título executivo.

Pela sistemática da Lei n.º 7.347/85, portanto, afigura-se-nos dispensável o controle pelo Conselho Superior, seja sob o enfoque de que o inquérito — por ter atingido sua finalidade — reclamaria formal arquivamento, seja quanto à eficácia e exequibilidade do compromisso firmado.

Atente-se que em se tratando de transação judicial a lei contenta-se com o controle comum, consistente na homologação por sentença do Juízo, dispensado inclusive o reexame necessário, como acontece com a ação popular e as causas contra a Fazenda Pública em geral.

Todavia, o tema pode ser objeto de regulamentação pelas normas que disciplinam a forma de atuação e as atribuições dos Órgãos do Ministério Público.

De fato, é perfeitamente lícito que a tomada do compromisso fique sujeita a mecanismo de controle interno, como ocorre com o arquivamento, para que se aperfeiçoe.

Uma coisa é o Ministério Público colher o compromisso como ente legitimado para a ação; outra, que antecede aquela, é a forma de atuação interna para se realizar aquele ato.

Nesse aspecto, portanto, é viável a fixação de regras que imponham a necessidade de prévia homologação do Órgão Superior para eficácia da transação, sem que se possa arguir, no caso, conflito com a Lei n.º 7.347/85, uma vez que se trata de definição e limites de atribuições dos Órgãos da Instituição.

## 6. Efeitos, vícios e insuficiência

Por fim, cabe aludir ao efeito da transação e eventuais vícios.

De acordo com os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro a transação é meio extintivo de obrigações e, a seu ver, invocando as lições de Clóvis Bevilacqua e Carvalho de Mendonça, esse foi o tratamento dado a ela pelo Código Civil Brasileiro<sup>(12)</sup>.

Cumprindo o responsável pela ofensa as obrigações estabelecidas no termo de compromisso, na forma, prazo e condições fixadas, restarão elas extintas.

Poderá ocorrer, entretanto, que a situação lesiva aos interesses tutelados reclamasse o atendimento de outras exigências que não foram, todavia, estabelecidas no compromisso, isto é, obrigação diversa ou mais onerosa, além das que estavam consagradas. Ou então que as obrigações impostas e as condições do seu cumprimento sejam inadequadas à recomposição do interesse ofendido.

Na primeira hipótese, segundo cremos, a transação será válida, quanto ao que consagra, mas não impedirá, porém, a ação civil pública para exigir-se do autor do dano a obrigação faltante. Essa solução decorre, basicamente, da natureza indisponível dos interesses, de tal sorte que o compromisso só será pleno e ensejará a extinção das obrigações, se restarem atendidas todas as exigências legais em face do dano causado, consoante o disposto no § 6.º do artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85. Essa solução tem a seu favor, subsidiariamente, o disposto no parágrafo único do artigo 1.026 do Código Civil.

Não é o compromisso em si que forja a extinção das obrigações e libera o causador do dano e sim, no caso, o efetivo atendimento das "exigências legais" no que se refere à completa e integral reparação, exatamente porque se trata de interesses indisponíveis. Note-se, aliás, que nas lides que versam sobre direitos dessa natureza, a revelia não induz, como se sabe, admissão ficta dos fatos alegados, prevalecendo, excepcionalmente, o princípio da verdade real.

Outrossim, na segunda hipótese, cuidar-se-á de vício propriamente dito. Terá havido, na espécie, verdadeira fraude ao alcance visado pelo preceito legal, posto que as obrigações serão inúteis ao fim esperado pela lei. É a chamada violação ideológica da lei, tal como acontece com o desvio e finalidade. Apenas aparentemente as exigências pelas quais se compromissou o causador do dano mostrar-se-ão suficientes à restauração do dano.

Em tal situação, a ação civil pública terá por fim também a desconstituição do compromisso ao lado da pretensão necessária à tutela do interesse difuso ou coletivo afetado.

## IV - Conclusões

1.ª A norma do artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85 consagra hipótese de transação, pois destina-se a prevenir o litígio (propositura da ação civil pública) ou a pôr-lhe fim (ação em andamento), e ainda a dotar o ente legitimado de título executivo extrajudicial ou judicial, respectivamente, tornando líquida e certa a obrigação.

2.ª Dada a natureza indisponível dos interesses difusos ou coletivos e mesmo da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a liberdade de estipulação fica restrita ao modo, tempo, lugar e condições de cumprimento das obrigações pelo autor do dano, devendo o ajustamento às "exigências legais" (obrigações) traduzir integral satisfação da ofensa, tal como seria objeto do pedido na ação civil pública, sendo indispensável a existência de procedimento ou inquérito civil contendo o completo esclarecimento do fato.

3.ª Os critérios de cumprimento das obrigações devem mostrar-se adequados à efetiva reparação.

4.ª Mesmo em se tratando de obrigações de fazer e não fazer o compromisso tem eficácia legal para embasar a execução judicial em caso de descumprimento, inclusive quanto à exigibilidade das cominações estabelecidas.

5.ª É indispensável a intervenção do Ministério Público na tomada do compromisso por entidade legitimada a propor a ação civil pública, sob pena de expor-se à nulidade (art. 5.º, §§ 1.º e 6.º, da Lei n.º 7.347/85, c/c art. 84 do CPC), pois cabe-lhe, de acordo com a Constituição Federal, zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), no que se inclui a tutela dos interesses difusos e coletivos.

6.ª Pelo sistema da Lei n.º 7.347/85 o compromisso, quando tomado pelo Ministério Público, não está condicionado à prévia deliberação do Conselho Superior do Ministério, nem há, em tal hipótese, situação de arquivamento do inquérito, sendo possível, entretanto, que as normas que regem a forma de atuação e atribuições dos Órgãos da Instituição possam estabelecer essa exigência validamente.

7.ª Formalizado o compromisso extrajudicial, o ajuizamento da ação civil pública será justificável para anulá-lo, caso as estipulações revelem, por sua natureza, fim contrário ao previsto na norma, e pleitear-se, na hipótese, as obrigações cabíveis; ou então para suprir omissão da transação quanto à prestação necessária, nela não prevista.

(12) Ob. cit., pág. 310.